Lima, julio de 2007 - año 4
Revista de actualidad jurídica

enfoque DERECHO 62



Una Publicación de

DERECHO PUC

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

EN LA SECCIÓN INTERDISCIPLINARIA

CONSEJO EDITORIAL

NUMERO 59

DE VENTA EN EL FONDO EDITORIAL

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

FONDO EDITORIAL

INDICE

enfoque DERECHO 62

Sugerencias y comentarios a:
enfoque@revistathemis.com

En la Mira

La política medioambiental en la gestión empresarial

Sin duda alguna, en tiempos como los actuales donde la "mano del hombre" se ha concentrado en crear muchas máquinas para así aprovechar (o mejor dicho, "explotar") la materia prima y los recursos naturales, la protección del medio ambiente deviene en un tema no menor. Y es que a medida que pasa el tiempo el tema resulta más relevante, pues los recursos son limitados y la escasez de éstos parece ser inminente.

Ahora bien, desde hace ya algún tiempo la regulación del medio ambiente y su tratamiento jurídico se han escindido del Derecho Administrativo para crear su propia rama del Derecho, con una esencia, estructura y normativa muy particular y específica: el Derecho del Medio Ambiente. Con esto, resulta evidente el desarrollo de la materia y la importancia de ésta en la actualidad, sobre todo en un país como el nuestro donde abundan (o más bien, abundaban) los recursos naturales y la biodiversidad.

En este contexto, las actividades empresariales tienen un impacto directo en el medio ambiente porque se valen del mismo e interactúan con él para su desarrollo: uso de aguas, suelo, recursos minerales, máquinas, aceites (mayormente con altos grados de contaminación), energía, etc. Es incuestionable que el problema del agua es el que más atención ha generado, pues es ya sabido por todos que gran parte de nuestra población no tiene acceso al agua potable, y si a eso le sumamos la escasez "general" que se ha previsto de este recurso necesario para vivir y sobrevivir (se estima que para el año 2025 la demanda de agua será un 56% superior que el suministro), pues la angustia colectiva parece bastante comprensible. Indudablemente, el usar tantos recursos requiere, entre otras, de un adecuado manejo de residuos sólidos, conforme a ley.

Entre las diversas acciones que se pueden desarrollar para aminorar los impactos negativos en el medio ambiente se encuentra, por ejemplo, la adopción del Sistema de Gestión Ambiental ISO 14001, el cual influye en todos los aspectos de la gestión de la empresa en lo que a sus responsabilidades ambientales se refiere y ayuda a tratar sistemáticamente los asuntos ambientales. Para ello es necesario establecer una política ambiental de la empresa, para luego proceder a su planificación, implementación y operación, una vez llevado a cabo, se debe proceder a la verificación de lo actuado para así tomar las acciones correctivas pertinentes, las cuales serían revisadas por la Dirección de la empresa para su mejoramiento continuo. Uno de los beneficios de la adopción de este sistema es que es auditable bajo estándares internacionales, los cuales son, cómo no, más altos que los nuestros.

Por otro lado, también se podría implementar como política de las empresas el reducir los impactos adversos a través de dos mecanismos: (i) volver a utilizar aquellos productos que lo permitan (como cajas, bolsas, etc.), y, (ii) reciclar, pues reduce la acumulación de los desechos y los costos de eliminación de los mismos, y ahorra el uso de materia prima.

Sobre este tema en particular, consideramos de suma importancia tener en cuenta lo dispuesto por el Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro, pues engloba la responsabilidad de los distintos actores respecto al medio ambiente: "el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes".

Esa es la idea, debemos ser informados para participar activamente en las decisiones que se tomen sobre las políticas medioambientales. La actividad empresarial es necesaria, qué duda cabe, pero la protección del ambiente también lo es. El reto está en generar negocios acordes con el desarrollo sostenible para, de esa forma, maximizar beneficios para toda la comunidad.

El Director



Enfocando la realidad

Punto de Vista

Los dolores de cabeza de la función pública

Cecilia Blume

Un país debe tener buenos funcionarios públicos. Ellos forman la "institucionalidad" a la que debe apuntar cualquier país desarrollado. Esta institucionalidad no es otra cosa que desarrollar instituciones con gente profesional al servicio del ciudadano. Decir que la gente no importa en una institución, es una mentira.

La gente es el fundamento de cualquier institución pudiendo hacer de ella un buen lugar para trabajar y un lugar en donde se aporte al bienestar colectivo. Hay instituciones malas y algunas pueden llegar a ser delictivas. Las instituciones, formadas por personas con actitudes positivas y con ganas de hacer las cosas bien, con reglas claras establecidas ex ante, son las que sobresalen en cualquier sociedad.

El Estado no se aparta de ello. Las instituciones públicas, formadas por personas, son la cara de cualquier país y trabajan en bienestar de sus ciudadanos. Las instituciones así entendidas, son parte de la garantía ciudadana de que sus entidades darán un servicio estatal sin importar el paso del tiempo, porque los ciudadanos que las conforman llevarán a cabo su actividad de igual manera con reglas o costumbres para ello.

En el sector público, el día de hoy existen muchos buenos funcionarios que conforman esta institucionalidad y cuyos cargos han sido respetados por el Gobierno entrante de manera correcta. Pero hoy existe una corriente que, de alguna manera, está dejando de lado la buena práctica de respeto a las instituciones y a la función pública en general.

Se empezó por los organismos reguladores de los servicios públicos con una norma que cambiaba las reglas de juego para la elección de los gerentes generales. La norma, al margen de si era buena o mala, era la regla de juego existente a la fecha de elección de los nuevos presidentes de los organismos reguladores y se debió respetar. Se modifica esta cambiando la institucionalidad, por un caso específico. Ello logra distorsionar a las entidades y hacer pensar a los funcionarios públicos que la institucionalidad ganada, está siendo violentada.

Ahora poco, el director ejecutivo de Proinversión presentó su renuncia luego de que el Presidente de la República le perdiera la confianza. Dadas las cosas, cualquier funcionario puede perder la confianza presidencial y tener que dejar su puesto. Hechos como éste alteran la institucionalidad.

¿Cómo se evita perder institucionalidad? El derecho nos da la respuesta: regulando la carrera pública. Esto que parece tan simple es complejo, pero además es incómodo para los gobernantes. Esa incomodidad no es privilegio de este Gobierno. Siempre los gobiernos han sentido que si no pueden remover libremente a los funcionarios públicos, no pueden cumplir con sus tareas de Estado. Pero hay que reglamentar la carrera pública creando realmente, el cargo de confianza. Países como Chile tuvieron que sincerarse y decidir quienes serían sus funcionarios de confianza y cuáles serían las condiciones de trabajo de éstos. Todo de manera transparente para conocer las reglas y no tener sorpresas incómodas.

Se eligió aproximadamente al 5% de los funcionarios que serían "de confianza", o lo que es lo mismo, "de libre remoción". Estos entran y salen cuando así lo decide el gobernante y se entiende que tienen mejores remuneraciones por brindar labores especializadas, pero además porque no gozan de beneficios sociales ni de estabilidad alguna.

Nosotros en el Perú tenemos coexistiendo hasta tres regímenes públicos: El DL 276 o Ley de Carrera Pública, el DL 728 o régimen laboral de la actividad privada y los SNPs o servicios no personales. Estas tres categorías de personas coexisten y suponen crear institucionalidad en la nación. Como se ve, claramente los tres grupos tienen distintos derechos y ello no solamente crea malestar entre las personas, sino que afecta la institucionalidad, pues las diferencias no han sido hechas en virtud de la naturaleza de las cosas, sino en virtud de un componente económico que tiene que ver con las remuneraciones. Tenemos a funcionarios de SNP y a los de la 728 bien pagados y a los de la 276 con sueldos muy bajos. Además, no hay aliciente para ninguno, ni reglas claras de entrada, salida y ascensos. Quizás en estas reglas la antigua 276 sea mejor que el resto, pero tampoco es una norma respetada.

Hay que crear normas claras para lograr institucionalidad. En ese momento seremos un país mejor para todos.

Abriendo los Ojos

Legislación Tabú

Bruno Giusti

El 21 de junio se aprobó en el Congreso la Ley que despenaliza las relaciones sexuales consentidas en adolescentes entre 14 y 17 años. De ser promulgada, esta ley derogará el inciso 3 del artículo 173° del Código Penal que sancionaba con una pena no menor de 25 ni mayor de 30 años a todo aquel que mantuviera relaciones sexuales con una persona de entre 14 y 17 años de edad.

La aprobación de esta ley ha generado fuertes críticas por parte de la Iglesia y de sectores conservadores de la sociedad. Se afirma que con esta modificación se dará puerta abierta para que los violadores puedan realizar sus crímenes sin ser sancionados, pues podrán ampararse en que la relación sexual fue consentida. Lo que parecen olvidar estas personas es que no basta con que un violador afirme su inocencia para quedar impune. Y es que los rastros que deja una violación sexual son muy distintos a aquellos que deja una relación sexual consentida. Es tarea de los peritos determinar cada caso y, si bien es cierto que el perito le puede fallar, la solución a ello no es prohibir de plano todas las relaciones sexuales en adolescentes, sino buscar mecanismos para que las pruebas sean más eficientes y, de esta manera, ir reduciendo progresivamente el margen de error.

Se ha sostenido también que los adolescentes entre 14 y 17 años aún no tienen capacidad de discernimiento suficiente para poder decidir libremente si quieren o no tener relaciones sexuales. Sin embargo, no termina de quedar claro en qué se basan estas afirmaciones. Resulta absurdo pensar que ninguna persona menor de los 18 años es capaz de decidir libremente su iniciación sexual cuando las estadísticas indican que el promedio de iniciación sexual en nuestro país es a los 15 años. Con esto no se quiere decir que todas las personas al cumplir 15 años estén preparadas para tener relaciones sexuales, pero sí hay que considerar que la realidad está probando que la ley falla. Lo cierto es que no se puede establecer una edad exacta de capacidad de iniciación sexual. La madurez suficiente para tomar conscientemente esta decisión variará según cada persona y depende mucho de la información que haya recibido. Por lo demás, que el hecho esté o no tipificado, no cambia la realidad. Es muy probable que el mismo porcentaje de adolescentes que mantenía relaciones sexuales antes de la entrada en vigencia del inciso 3 del artículo 173° lo siga haciendo el día de hoy. Y la cifra no variará significativamente si el inciso es derogado. La derogación lo único que hace es aceptar que es posible que haya personas que antes de los 18 sean capaces de decidir libremente su iniciación sexual y que, encerrar hasta por 30 años a sus parejas de 18 años o más por el sólo hecho de tener relaciones sexuales consentidas con ellas, es absolutamente irracional.

Lo que parece molestar realmente a los opositores de la modificación es que con ella se está reconociendo algo que ellos aún no logran interiorizar: tener relaciones sexuales en la adolescencia no es malo. Y ¿quién puede culparlos? Reconocer algo semejante, es reconocer que sus hijos tienen derecho a elegir cuándo iniciar su vida sexual y reconocer, en consecuencia, que es tarea de ellos orientarlos para que cuando la inicien, la practiquen responsablemente. Es a fin de cuentas, enfrentar un tema que es complicado. Y en nuestro país lo complicado se calla, se oculta y se pretende olvidar.

Los Picapiedra

Alfredo Bullard

Hace unos días Claudio Herzka hablaba con lucidez, en su columna de Perú 21, de los "Picapedreros". Tenía la impresión que la economía peruana estaba siendo desmantelada de a poquitos. No a la bruta, con cambios radicales a lo Chávez en Venezuela, pero sí con pequeños actos que, independientemente, no generaban mucho ruido, pero que en conjunto eran como un picapedrero que de a poquitos, destruye toda una pared. Mencionaba como "picaditas" el debilitamiento del SNIP, inestabilidad en el mercado de compras públicas, sustos a los inversionistas mineros y de concesiones. Leyes de Trabajo absurdas, nombramiento apócrifo de integrantes del Tribunal Constitucional, entre otras perlas.

Los reguladores vienen siendo víctimas de una "picapedreada" especial. Tener órganos relativamente autónomos dentro del propio Ejecutivo es incomodo para el gobierno. Ven asuntos tan sensible a la opinión pública como las tarifas de los servicios públicos, que fue uno de los "caballitos de batalla" de Alan García en su campaña. La autonomía es una "pulga en la oreja" para un Presidente que quiere "ordenar", por las buenas o por las malas, cuales serán las tarifas.

Pero desmantelar y debilitar a los reguladores enfrenta problemas prácticos y políticos. A pesar de las numerosas críticas que se les hace a OSIPTEL, OSINERGMIN, OSITRAN y SUNASS, muchas de ellas fundadas, lo cierto es que son reconocidos como bastante más autónomos y técnicos que el organismo público promedio. Su personal suele ser bastante mejor que el de un Ministerio cualquiera. Tienen un cierto prestigio. Por eso hacerles cambios radicales dirigidos a debilitarlos no le gusta a la gente.

Estos organismos cuentan con marcos legales integrales que les dan una relativa autonomía con candados contra el apetito político. Por eso "ajustarlos" afecta un marco que no es fácil de modificar.

Entonces, Alan García, y su compañía Del Castillo, se comportan como si fueran Pedro Picapiedra y Pablo Mármol en una cantera: van de a poquitos socavando su autonomía y tecnicismos para ir convirtiéndolos en "bichos" más políticos.

Primero les redujeron los sueldos abriendo la puerta de salida para los capaces y la de entrada para los mediocres. Más mediocridad, más posibilidad de politización. Luego se les "bypassea" creando una supuesta "renegociación voluntaria" de los contratos de concesión", trasladando la regulación de la transparencia de la discusión pública, a la conversación a puerta cerrada, sin las garantías del argumento técnico abierto. Así, más allá de los resultados, cambiamos la regla de transparencia por ocultismo.

Y ahora el cambio del sistema de nombramiento y remoción de los gerentes. Parece tonto pero no lo es. Lo cierto es que el modelo peruano optó por el uso de órganos colegiados y no por Superintendentes unipersonales como en otras latitudes. Se optó por representación de diversos sectores en el Consejo Directivo renovados parcialmente en el tiempo, para blindar las decisiones más relevantes de injerencia externa. Todos deciden pero nadie decide solo. Y el Gerente del organismo no es un "chulillo" (con el racismo implícito del término incluido) como se ha pretendido sostener, y que se dedica ha hacer cosas irrelevantes. El Gerente es el nexo entre el órgano que decide y los órganos técnicos que dan los insumos, e incluso decide algunos casos. Por eso tiene que ser de confianza del colegiado y no solo del Presidente que tiende a ser el más político de los integrantes del Consejo.

Ante falta de sustento técnico del cambio se ha usado argumentos coloquiales y emocionales, basados más en ignorancia que en tecnicismo. Ello explica por que las declaraciones, y conferencias dadas por Del Castillo y algunos Presidentes de Reguladoras, sonaban más a un capítulo del Chavo del Ocho, que a una discusión técnica, con frases que lindan con "Fue sin querer queriendo", "No me simpatizas", "No me tienes paciencia" o "No te juntes con esa chusma".

Desenfocados



La pobreza: un fenómeno multidimensional e inmoral

Pepi Patrón
Filósofa. Profesora Principal y Jefa del Departamento de Humanidades de la PUCP.
Presidenta de la Asociación Civil Transparencia

Dos recientes trabajos nos vuelven a recordar lo importante que es tomar en serio el problema de la pobreza, no sólo en nuestro país, sino en el mundo entero. El primero es el Informe Anual 2006-2007 de OXFAM Gran Bretaña (sí, una ONG internacional privada, de aquellas tan denostadas por este gobierno) que lleva por título "Pobreza, desigualdad y desarrollo en el Perú". El segundo es un libro, co-editado por el Centro de Estudios Filosóficos de la PUCP y el Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia, titulado Justicia global, derechos humanos y responsabilidad. Se trata en ambos casos de recopilaciones de textos de diversos autores y autoras que nos recuerdan la centralidad de la pobreza como fenómeno que impide el bienestar y la vigencia de los derechos humanos fundamentales para millones de personas.

Quisiera exponer en lo que sigue algunas reflexiones que surgen a partir de los temas allí tratados. La primera está relacionada con el carácter multidimensional, y no sólo cuantitativo, que tiene la pobreza para quienes la padecen. Según trabajos en los que se da cuenta de las propias percepciones de los considerados pobres, se enfatiza la importancia fundamental de las oportunidades materiales; es decir, empleo, electricidad, carreteras, crédito. También falta de educación y de salud. Igualmente, se habla mucho de la vulnerabilidad, sentimiento que aparece con una asombrosa persistencia entre quienes viven con un dólar o menos al día en nuestra tierra.

Por si todo eso fuera poco, las personas pobres sienten que son tratadas sistemáticamente de forma vejatoria por las instituciones del Estado y la sociedad, y carecen de poder para influir en las decisiones clave que les afectan. Se trata, entonces, de la ausencia de voz propia y de poder. La incapacidad de ser agentes, actores de sus propias vidas, es un rasgo que se repite sin pausa. Esto se da de modo enfático entre las mujeres.

Y de vulnerabilidad, desamparo y maltrato hemos sido testigos, pasivos o no, de habitantes de nuestro país, durante los veinte años del conflicto armado. Creo que la espeluznante cifra obtenida durante la investigación de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación en el Perú, que indica que el 75% de los muertos durante la guerra interna que Sendero Luminoso inició, son quechua hablantes (o hablantes de alguna lengua nativa) es una prueba concluyente de la perversa mezcla que trae consigo la pobreza.

En efecto, los pobres de nuestro país padecieron muy en carne propia el no tener derecho a tener derechos, definición de ciudadanía según Hannah Arendt. Vivir en la pobreza también significa no ser ciudadanos o ciudadanas en sentido pleno. Tenemos cada vez más desigualdad, un 25% de peruanos y peruanas en pobreza extrema, miles de mujeres analfabetas, 3 millones de peruanos que han emigrado, 6 millones de peruanos en la informalidad. ¿Qué esperamos para prestarle la debida atención?

Esta multidimensionalidad es la que una concepción cualitativa de la pobreza quiere poner de manifiesto, desarrollada por Amartya Sen y Martha Nussbaum. A la base de esta comprensión que permite incorporar múltiples dinámicas, se encuentra una renovada concepción del desarrollo: éste se define como un proceso que aumenta la libertad efectiva de quienes se benefician de él para realizar cualquier actividad a la que atribuyen valor. El enfoque que subyace a esta definición, que se conoce como el "enfoque de las capacidades", se centra en la capacidad de la persona humana de realizar las actividades valiosas que configuran sus vidas y, más generalmente, en la libertad de promover objetivos que tiene razones para valorar. El desarrollo puede entonces ser visto como el proceso de expandir las reales libertades de que las personas gozan.

En esta perspectiva del desarrollo, ciertas capacidades humanas básicas y centrales plantean la exigencia de ser asistidas en su desarrollo y ejercen esa exigencia en otros y, especialmente, en el gobierno. Así, Nussbaum considera que las capacidades humanas plantean una exigencia moral de que deberían ser desarrolladas. Se nos confronta pues con la dimensión moral del problema de la pobreza.

A este respecto, y como se dice en el informe de OXFAM, hay en nuestro país "un número inmoralmente alto de de personas en la pobreza y sin la posibilidad de ejercer sus derechos". Frente a ello tenemos que invocar la importancia de la indignación moral frente a una situación que amerita nuestra acción de manera urgente.

Lamentablemente, no es sólo el Perú el que confronta estas dramáticas situaciones. Y es la segunda reflexión que quisiera proponer. Hoy nos confrontamos con cifras francamente aterradoras. Tal vez de tanto escucharlas nos vamos volviendo insensibles al tema. Ya lo dijo Stalin, con el cinismo propio de los dictadores y tiranos, "un único muerto es una tragedia, un millón de muertos es una estadística". Pues no sólo asunto de estadística y cifras impersonales. Es inhumano vivir con menos de un dólar al día, que es el famoso umbral de la extrema pobreza. Son personas cuyo sufrimiento les inflige también un daño moral. Y es moral, además y sobre todo, porque podría ser de otra manera, porque depende de acciones humanas. A diferencia de la necesidad de los hechos de la naturaleza, lo realizado por los seres humanos siempre puede ser diferente; "uno es responsable por aquellos estados de cosas que puede cambiar", nos dice uno de los autores del libro sobre Justicia Global. La contingencia de lo humano nos plantea, así, una exigencia moral que no deberíamos eludir. Mejor, es inmoral hacerlo.

El filósofo argentino, Eduardo Rabossi, quien fuera miembro de la Comisión Sabato, nos recuerda lo terroríficas que son las cifras. Se trata, cada año, de 18 millones de muertes humanas debidas a causas relacionadas con la pobreza: por hambre, por carencia de agua potable, de asistencia médica elemental, falta de protección habitacional o de vestimenta. Es decir, causas que pudieran evitarse.

Hagamos comparaciones para que las estadísticas nos digan algo. En Hiroshima, murieron unas 100,000 personas; por la pobreza y sus consecuencias, hoy, es como si cada dos días explotara en el mundo una bomba atómica. El holocausto produjo la muerte de seis millones de judíos; es como si ahora, en el 2007, produjésemos tres holocaustos por año.

La pobreza, ni en el Perú ni el mundo entero, es pues un fenómeno natural. Es resultado del quehacer humano y humanas son sus consecuencias. Es pues, una falacia decir que en los Andes nuestros niños y niñas se mueren por culpa del "friaje". El frío no mata. Mata no tener frazadas, vacunas, antibióticos o una buena alimentación. Y eso es inmoral.

"Satisfacer a nuestros clientes mediante el suministro de productos y serviciosda software, con el soporte de personal calificado, buscando la innovación tecnológica en las soluciones que proveemos y el continuo mejoramiento de nuestros procesos"



Novatronic, empresa fundada en 1988, está dedicada a proveer servicios de desarrollo de aplicaciones bancarias, de integración de sistemas y canales electrónicos de atención de clientes, sistemas de pagos, así como servicios de consultoría en tecnologías de información.

La familia de productos SIX es un conjunto de herramientas y aplicaciones dirigidas a satisfacer los requerimientos de integración de sistemas, de teleacceso de clientes y de pago electrónico, que demandan las empresas hoy en día.

- SIX/ATM,
- SIX/KIOSCO
- SIX/InternetBanking
- SIX/Security
- SIX/Call Center
- SIX/CPS
- SIX/PP
- SIX/OLC

Av. Jose Galvez Barrenechea 1094 Urb. Corpac - Lima 27 - Peru - Telf. (511) 224 9099 Fax (511) 225-4580 www.novatronic.com e-mail info@novatronic.com



Enfocados

¿Hay que tener Fe en el Derecho?

Entrevista a:

Gustavo Gutiérrez

Teólogo, Psicólogo y Filósofo. Ganador del Premio Príncipe de Asturias de Comunicación y Humanidades en el 2003.

Por: Bruno Giusti
Agustín Grández
Miguel Morachimo

En una profesión como la del abogado, que ha obtenido fama de entrar en conflicto con valores morales básicos como la ética y la honestidad ¿puede de alguna manera la teología contribuir a superar este prejuicio? En la presente entrevista, el Dr. Gutiérrez nos explica un poco acerca de la Teología de la Liberación y expone algunas sugerencias que, desde esta perspectiva, se pueden formular al Derecho.

¿Cree usted que en una sociedad individualista y materialista como la nuestra es posible todavía hablar de fe?

Bueno sí, porque, si bien los calificativos que das son ciertos, no cubren a todo el mundo. La fe es una cosa muy compleja. Hay muchos tipos de personas, así que la fe puede manifestarse a través de perspectivas distintas. Creo que en nuestro país hay igualmente muchas generosidades. Es cierto que tenemos una sociedad consumista y una presión de los medios de comunicación que va en esa línea, pero hay también otros factores: costumbres, tradiciones, convicciones, sensibilidad humana, etc.

¿Cree usted que es posible seguir las preguntas de la teología de la liberación sin ser necesariamente creyente?

Depende de lo que uno quiera decir. La teología es una reflexión sobre la fe; supone la creencia, como es normal. Pero, al mismo tiempo, la teología, o mejor dicho el cristianismo, tiene valores humanos que pueden ser compartidos con personas que no son creyentes. Cuando el cristianismo afirma, por ejemplo, que la persona humana debe ser el centro de la convivencia social, ésta es una convicción de fe, pero es también una convicción humana. Del mismo modo, cuando el cristianismo insiste en la importancia de los derechos humanos, está compartiendo la misma idea que tienen muchas personas que no se mueven en el ámbito religioso.

¿Cómo cree usted que puede contribuir el quehacer jurídico en la liberación del hombre?

El gran tema del derecho es la justicia. La vida en sociedad debe estar regida por pautas que preserven los derechos de cada persona; por consiguiente, solamente con este enunciado teórico, ya podemos ver que, en efecto, el quehacer jurídico tiene una contribución importante. Pero, además, muy en concreto, creo también que en la defensa de esos derechos hay que privilegiar a los más débiles de la sociedad. Y eso no siempre ocurre. Muchas personas que se mueven en el mundo del derecho, defienden más bien los intereses de los más poderosos. Ahí, a pesar de mi afirmación general de hace un momento, es verdad que puede haber una separación entre estas diferentes maneras de ver la realidad. Es obligación de alguien que conoce el derecho el bregar por la justicia, pero con un acento en los derechos de los más pobres, de los excluidos, de los que son considerados insignificantes. Ciertamente, esto puede costar caro a quienes lo hacen; encontrarán resistencias y sus ingresos económicos pueden disminuir. De todos modos, creo que el derecho juega un papel relevante en la medida que contribuye a la creación de un orden justo.

En las últimas décadas, hay una postura que viene sosteniendo que la finalidad de un sistema jurídico no sería ya la justicia, sino la eficiencia. ¿Qué opinión le merece esta afirmación?

No conozco esta posición en detalle. Sin embargo, según tu enunciado, yo sería muy reticente ante ella. Hay que considerar la eficiencia, que puede, sin duda, contribuir a una mayor agilidad en las relaciones sociales pero no ha ser la única finalidad, ni tampoco la más importante. Lo fundamental es la dignidad de la persona humana y, pueden presentarse casos -como con la explotación minera en este tiempo entre nosotros, por ejemplo- en los que entran en conflicto motivaciones de orden económico con los derechos de la persona a la salud. En esas situaciones hay que buscar soluciones que tengan en cuenta todos los factores en juego, siempre con el primado de la persona humana.

¿Qué reformas institucionales cree usted que podría proponerse para luchar contra la pobreza?

Lo que yo puedo señalar son las afirmaciones fundamentales y las exigencias básicas al respecto: aquellos que conocen bien estos temas institucionales deberán ver como proceder. Vuelvo al punto de una respuesta anterior y que, además, es uno de los dos principios éticos de Rawles sobre la justicia: tener en cuenta a todos los miembros de una sociedad (en particular a los más débiles de ella). Solo eso podrá forjar una sociedad justa y de iguales. No basta proclamar la igualdad, es necesario crear las instituciones que la promuevan y protejan. Un punto importante es recordar que la meta que debemos procurar no es que algunos sean la voz de los sin voz, sino que quienes hoy no tienen voz tengan voz propia y que sea respetada. Para ello una sociedad requiere instituciones sólidas y con una fuerte tradición detrás de ellas. Lo que ha pasado en el Perú es que en la última década del siglo pasado, la poca institucionalidad que había fue muy golpeada y eso nos creó problemas muy grandes. Las instituciones tienen que ser sólidas y, por lo tanto, dar confianza. Me refiero a las distintas instituciones que existen, ya sea en el plano judicial, en el legislativo, en el universitario, etc. Una sociedad no puede caminar hacia adelante si no hay autonomías y controles mutuos entre ellas. Para decir algo de estos días, necesitamos instituciones como el Tribunal constitucional.

La teología de la liberación desarrolla el concepto de "opción por los pobres" ¿Cómo debería influir este concepto en la formación y en el ejercicio profesional?

Es totalmente correcto decir que la "opción preferencial por el pobre" es una expresión que viene de la teología de la liberación. Ella constituye un tema central en esa reflexión teológica. Además ha sido asumida por la enseñanza de la Iglesia. Juan Pablo II hablaba de ella y Benedicto XVI lo acaba de hacer en términos muy firmes en el discurso inaugural de la Conferencia episcopal latinoamericana realizada en Brasil, conferencia que ha retomado con nitidez el asunto. Es decir, no se trata de algo que se halla solamente en el nivel de una reflexión teológica. Lo que ocurre es que si bien la expresión "opción preferencial por el pobre" es nueva, el contenido está en la Biblia misma. El amor de

Dios se dirige a toda persona pero en primer lugar a los débiles y excluidos. Estamos ante la prioridad que debe darse a los marginados e insignificantes socialmente hablando, no únicamente en el trabajo pastoral, en la acción de la Iglesia; sino, asimismo, en el ejercicio de la profesión. En un médico, un abogado y, en fin, en otros profesionales, la preocupación por los excluidos de la sociedad debe pasar a un primer lugar. ¿Qué ocurre hoy día con la forma como se está llevando adelante la globalización? La globalización como un hecho ha llegado para quedarse; es un hecho de la historia de la humanidad. Estar contra ella, en tanto que tal, es como estar contra la energía eléctrica, Sin embargo, es legítimo y necesario recusar la manera como es llevada a cabo hoy, excluyendo a una gran parte de la humanidad y agravando la asimetría entre naciones y personas ricas, y países y personas pobres. Cuando decimos "opción por el pobre" hablamos del excluido, del oprimido. Una economía sana y humana debe tener en cuenta ese inmenso sector de la humanidad. Más de la mitad de ella vive en condiciones inhumanas y para un creyente en Jesucristo esto es contrario a la voluntad de vida de Dios. La "opción por el pobre" está ligada al desafío que la pobreza representa hoy en la humanidad

Hace unos meses, el Vance Center de Nueva York estuvo en Lima promoviendo la importancia del trabajo pro bono ¿Cómo considera usted que puede contribuir eso en la lucha contra la pobreza?

Pienso que puede ser una ayuda muy importante para los pobres. Pero no hay que olvidar lo recordado mas arriba, es necesario ir a las causas de la situación de pobreza y de la insignificancia social. Un punto importante es la capacitación personal, una razón de la pobreza en nuestros días pasa por el conocimiento. Es mucho lo que pueden hacer las personas, estudiantes y profesionales, compartiendo sus conocimientos. Algo se ha hecho, pero quizás no en suficientes proporciones. Comprendo que puede haber casos muy precisos en que un profesional, un abogado por ejemplo, tenga dificultades para dedicarle mucho tiempo a esto. Pero hay ahí una posibilidad interesante y urgente.

Un grupo de abogados de la Universidad Católica está trabajando en la elaboración de un nuevo Código de Ética ¿Cuál considera usted que puede ser la importancia de trabajos como este que recogen la ética en una profesión como el derecho que muchas veces entra en conflicto con ella?

Bueno, será un gran aporte. No hay que esperar milagros, sin embargo. Un Código de Ética puede ser muy útil: llamará la atención sobre algunos hechos, resolverá ciertos aspectos, convencerá a algunas personas; es decir, jugará un papel. Pero indudablemente la ética es un comportamiento que viene de un convencimiento personal. Eso lleva a pensar en una formación humana integral que debe comenzar desde muy temprano. Necesitamos abogados y magistrados de un comportamiento intachable en quienes los ciudadanos puedan confiar plenamente. Un código de ética en una profesión tan acechada por presiones y tentaciones será, sin duda, muy útil. No obstante, lo fundamental es la formación de las personas y esto significa educación. En ello juega un papel capital el testimonio de integridad personal que den maestros y profesionales a los estudiantes de hoy.

Se critica mucho la influencia que tienen algunos sectores de la Iglesia en la política. ¿Cómo cree usted que debería ser la relación entre el Estado y la Iglesia?

La política tiene una estrecha relación con la ética. No hay una política sin ética; es decir, sin una consideración por la persona humana y sus derechos. El mensaje evangélico tiene un alcance humanista y ético. Cuando la Iglesia opina en materia política lo hace por esa razón. No puede, ni debe, entrar a los aspectos técnicos del mundo político porque no tiene competencia en el asunto. La Iglesia no podría decir, por ejemplo, como llevar adelante un programa de viviendas. Pero sí puede, y debe decir "todos tienen derecho a tener un techo". Algunos podrían pensar que esto no es suficiente para transformar una sociedad. Es cierto; pero recordar la urgencia de crear un mundo justo, defender los derechos humanos, rechazar las tropelías contra un pueblo (especialmente contra los más pobres) denunciar las estructuras injustas, todo eso cumple un papel relevante y en algunas circunstancias decisivo. Cuando hace unos años se encontraron descuartizados y quemados los cadáveres de los estudiantes de la Cantuta, la Iglesia opinó sobre eso y dijo que era un escándalo. ¿Estaba criticando un acto "político" del gobierno? No. Estaba rechazando una clara violación de los derechos humanos. Ese es el punto. Sobre varios asuntos de orden ético comprometido en decisiones políticas acaba de hablar la Conferencia Episcopal Latinoamericana que ha tenido lugar en Aparecida, en Brasil. Se ha manifestado contra todo lo que margina a las poblaciones indígenas y afro americanas, y lo que discrimina a la mujer. Lo sabemos bien, la mujer es pobre entre los pobres. Se ha expresado también en defensa del medio ambiente y de las poblaciones rurales afectadas por equivocadas políticas mineras. La exigencia aquí es saber en qué plano situar las opiniones que se den en cuanto a situaciones políticas. En ciertas circunstancias la frontera puede ser porosa, pero la exigencia de decir una palabra y el derecho de hacerlo, se mantienen.

En un país como el nuestro, que está en vías de desarrollo y que presenta además tantos problemas ¿qué papel juega un concepto como la esperanza en la búsqueda de una sociedad mejor?

Me parece capital. Comúnmente se conoce a la esperanza como el aspirar a algo diferente y creer que es posible hacerlo. Es un proyecto histórico, o sea una utopía en el mejor -y original- de los sentidos. Desde hace unos años existe un movimiento que se llama "Otro mundo es posible" que está en esa línea. Pensar que una sociedad distinta a ésta es posible me parece absolutamente razonable porque la sociedad es creada por los seres humanos y, por consiguiente, cambiarla también está en nuestras manos. No obstante, esperanza es también un término que usamos en el lenguaje cristiano para significar una virtud, un don de Dios. Ella tiene una relación estrecha con lo anterior porque un creyente no recibe auténticamente el don de la esperanza si no crea en la historia, en la sociedad en que vive, motivos de esperanza. Un texto del Nuevo Testamento nos dice que un cristiano debe estar siempre dispuesto para dar razón de su esperanza. No se trata solo de palabras sino de gestos. Crear motivos de esperanza es ser testigos del amor de Dios por toda persona y, prioritariamente, por los últimos de la sociedad. Una expresión de eso es luchar contra la injusticia social. Pensar que otro mundo es posible requiere imaginación, supone creatividad.

Vistazo Legal

Lo nuevo del amparo contra amparo y del recurso de agravio constitucional

Javier Adrián
Analista
Invitado

El 22 de mayo de 2007, el TC publicó una sentencia de amparo (Exp. 04853-2004-AA), que resolvió la demanda interpuesta contra otro amparo. En este caso importa destacar nuevas reglas de procedencia: i) del amparo contra amparo y ii) del recurso de agravio constitucional, que son precedente vinculante y que deben ser aplicadas a los procesos en trámite.

Sobre lo primero, el TC establece que este amparo procede en 3 supuestos: 1) contra sentencias de amparo "estimatorias" de segunda instancia, cuando éstas afecten derechos fundamentales; es decir, cuando otro amparo vulnere las garantías que componen el debido proceso o afecte irrazonable o desproporcionadamente cualquier otro derecho fundamental, 2) contra sentencias de amparo "estimatorias" que desconocen la doctrina jurisprudencial del TC, y 3) contra decisiones "desestimatorias" de segunda instancia que afectan los derechos de terceros que no han intervenido en el primer amparo, así como del accionante que no ha tenido ocasión de interponer el respectivo recurso de agravio.

Sobre lo segundo, el TC establece la procedencia del recurso de agravio constitucional contra sentencias "estimatorias" de segunda instancia que desatienden un precedente vinculante. Sustentándose en la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, en su "autonomía procesal", y teniendo en cuenta la nueva configuración del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico producida con la instauración del precedente vinculante constitucional (art. VII del TP del CPCons), el TC reinterpreta la expresión "resoluciones denegatorias" del artículo 200°.2 de la Constitución, la que debe entenderse ahora como "resoluciones denegatorias de tutela constitucional", en las que se incluye tanto a las resoluciones que declaran improcedente o infundada una resolución de segundo grado de un proceso constitucional, como a la resolución estimatoria que desatiende un precedente vinculante constitucional.

De la revisión de la sentencia se observa que ésta ha tenido por finalidad solucionar un manifiesto problema sobre la eficacia de los mecanismos judiciales de protección de los derechos fundamentales, generado por la aludida expresión del artículo 200°. Mas allá de la discusión académica que puedan generar temas tales como la pertinencia del amparo contra amparo, la autonomía procesal del TC o los límites de la interpretación constitucional, y teniendo en cuenta además las discusiones existentes en el Parlamento sobre la reforma de la administración de justicia, estimo que una solución definitiva sería la eliminación vía reforma constitucional de la expresión "denegatorias" del artículo 200°. De esta manera, el TC podría conocer en última y definitiva instancia todas las resoluciones expedidas en los procesos de control concreto, a lo cual se deberá sumar la incorporación del certiorari, de modo que el TC podría seleccionar los casos de relevancia que ameriten un pronunciamiento suyo.

Reflexiones sobre el concurso para nombrar vocales y fiscales supremos

César Bazán
Analista
Invitado

El Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) culminó recientemente el concurso N° 001-2006 con la designación de 5 vocales y 1 fiscal supremo titular, con el siguiente resultado: los nuevos integrantes de la Corte Suprema son Víctor Roberto Prado Saldarriaga, Duberlí Apolinar Rodríguez Tineo, Jorge Alfredo Solís Espinoza, Jacinto Julio Rodríguez Mendoza y José Luis Lecaros Cornejo; mientras que a nivel de Fiscalía Suprema se nombró a José Antonio Peláez Bardales.

Sin lugar a dudas, un concurso para nombrar magistrados de esta máxima instancia es siempre trascendente. Empero, esta importancia se verifica con creces en el procedimiento recientemente concluido, por las siguientes razones: en primer lugar, porque se trató de un concurso que pretendía cubrir el número legal máximo de magistrados supremos; y en segundo término, porque se producía luego de dos convocatorias infructuosas.

Ante esta coyuntura, el CNM realizó un esforzado trabajo por perfeccionar el reglamento de selección, previendo cambios en puntos clave, como el orden de las evaluaciones, el carácter eliminatorio de las mismas, la modificación del tradicional examen escrito por uno que implicó resolver un caso de complejidad media-alta, la disminución del peso porcentual de las entrevistas, el respeto del cuadro de méritos en el nombramiento final, entre otros.

Bajo este marco normativo, el procedimiento se desarrolló con normalidad, causando sobresalto únicamente, la desaprobación de algunos juristas de reconocida trayectoria en la evaluación escrita. Así, estamos pues, sin lugar a dudas, ante uno de los concursos de selección de magistrados supremos mejor administrado en la historia del CNM, que trae como consecuencia haber cubierto el número legal de plazas en la Corte Suprema.

Ahora bien, a pesar que el CNM ha cubierto el número máximo de plazas legales, el nivel de provisionalidad de magistrados en funciones jurisdiccionales es sumamente alto, habida cuenta de la existencia de una mayoría de Salas Transitorias en la Corte Suprema (4 de 7). Así, de 35 puestos para vocales supremos, sólo 13 son cubiertos por titulares: léase el 37%. Ello quiere decir, que a nivel de la máxima instancia jurisdiccional contamos con una provisionalidad que se eleva al 73%. El cuento de nunca acabar: la transitoriedad y la provisionalidad como regla, con los consabidos problemas de independencia que ello acarrea en los juzgadores. Esto no sería tan crítico, si se contara con criterios idóneos, objetivos, transparentes, resoluciones motivadas, etc. para ascender temporalmente a jueces superiores, y gran parte del peso no estuviera en la decisión discrecional (arbitraria) de la presidencia del Poder Judicial.

En fin, el nombramiento de magistrados supremos por parte del CNM nos permite advertir con claridad otros problemas de gran calado: los criterios para designar provisionales, el exceso de salas transitorias, la sobrecarga procesal, etc. Lo que nos lleva, en última instancia, a ponernos ante la disyuntiva de repensar qué Corte Suprema queremos, si es viable mantener el modelo actual, si éste satisface las expectativas ciudadanas, o si es necesario evaluar cambios, probablemente en la línea de lo propuesto por la CERIAJUS.

Dictamen de Proyecto de Ley Modificatoria de la Ley de Reactivación y Promoción de la Marina Mercante

Maria Eugenia Yabar
Analista
Privatizaciones e Inversión

Tal como comentáramos en un anterior artículo, la flota marítima de bandera nacional es inexistente en nuestro país. Recién en el año 2005, luego de varios proyectos, se publicó la Ley No. 28583, de Reactivación y Promoción de la Marina Mercante que otorga primordialmente beneficios de carácter tributario a las empresas navieras nacionales.

Por ser producto del resultado de varios proyectos de ley, la Ley N° 28583, que se encuentra plenamente vigente, adolece de defectos que hacen imposible su aplicación. No obstante su vigencia, dicha Ley N° 28583, es inconstitucional pues no respeta la igualdad entre nacionales y extranjeros ni el artículo 58° de la Constitución Política del Perú que indica que la iniciativa privada es libre, además de otros principios como son el permitir el pluralismo económico, libertad de contratar, entre otros.

A comienzos del presente año, se publicó en la página web del Congreso el Dictamen del Proyecto de Ley que propone modificar la Ley N° 28583.

Si bien el proyecto tiene como objetivo





principal hacer posible la aplicación de la Ley Nº 28583, el proyecto de modificación no ha corregido los errores enunciados líneas arriba.

El proyecto de Ley continúa definiendo a las empresas nacionales como las que tienen al menos el 51% de su capital social en manos de ciudadanos peruanos. Se olvida que existen otras clases de inversionistas: las personas jurídicas. Entonces nos vemos obligados a determinar "la ciudadanía" de las personas jurídicas. Es así que si una persona natural nace en nuestro territorio y por ello es peruana, por el mismo motivo debería una persona jurídica constituida en el Perú ser considerada como nacional, más aún si su existencia se rige por las leyes de nuestro país.

Por otro lado, si dicha iniciativa busca aumentar los beneficios tributarios de la naviera nacional e incrementar los costos impositivos para los de bandera extranjera, de esta manera, el contenido de la norma continúa siendo inconstitucional. La Constitución Política, en materia de propiedad, señala que los extranjeros sean personas naturales o jurídicas, se encuentran en igualdad de condiciones a los nacionales, siendo el Estado el encargado de propiciar que tales condiciones se cumplan.

El proyecto de Ley no ha modificado los artículos e inclusive crea más diferencias para la aplicación de sus beneficios basándose en la nacionalidad de los capitales. Esto no sólo genera un desincentivo en la inversión extranjera, sino que constituye un peligroso precedente para el futuro.

Electrificación rural y acceso universal. La pagaremos nosotros, ¿la ejecutará el Estado?

María Teresa Quiñónez
Analista
Eléctrico

El Servicio Universal ha sido ampliamente regulado desde hace casi un siglo, en las políticas de telecomunicaciones, como una de las cargas de servicio público que los operadores de telefonía debían asumir. Sorprende, sin embargo, que dicho concepto no haya tenido similar desarrollo en el caso de otros servicios públicos que son tan o más indispensables, como el saneamiento y la energía.

Por ejemplo, la Ley de Telecomunicaciones monetarizó la obligación de los concesionarios de procurar el Servicio Universal, mediante el pago de un aporte al FITEL, destinado a financiar el servicio en áreas rurales y de preferente interés social. La Ley de Concesiones Eléctricas, aún cuando contemporánea de aquélla, no contempló una disposición similar.

La explicación económica a este tratamiento diferenciado es que sólo en las telecomunicaciones existirían razones para que los usuarios y operadores subsidien el servicio universal, por las externalidades positivas que genera la expansión de la red de telecomunicaciones y que benefician tanto a usuarios como a operadores, es decir, mayor número de usuarios y tráfico, permitiendo una mayor utilización de la capacidad instalada e incrementando el valor de la red. Para los usuarios, el beneficio estaría en el mayor número de clientes conectados, además de un menor costo derivado de las economías de escala.

Ello no ocurre en otros servicios, en los que la ampliación de la cobertura se traduciría, más bien, en un perjuicio para los usuarios, porque la tarifa se incrementa cuando aumenta la demanda a un ritmo mayor que la oferta de generación. Esta sería la razón para afirmar que las políticas de acceso universal en servicios como la electricidad deben ser asumidas directamente por el Estado y no por los usuarios.

Y, efectivamente, fue el Ministerio de Energía y Minas el encargado de realizar la inversión en infraestructura rural, de manera irregular, frecuentemente ineficiente y marcadamente politizada. Basta decir que el pico de inversión en electrificación rural se produjo en los meses anteriores a la segunda reelección de Fujimori. A partir del 2000, el promedio anual ha sido decreciente, a pesar de 5 años de crecimiento económico sostenido.

En mayo de 2002 se publicó la Ley de Electrificación Rural 27744, norma que nunca llegó a reglamentarse ni a ejecutarse. En junio de 2006 se publicó la Ley 28749, que sustituyó la anterior y, el pasado 3 de mayo, se publicó su Reglamento (D.S. 25-2007-EM).

La nueva ley establece como principales recursos para la electrificación rural, el 4% del Impuesto a la Renta que paguen las empresas eléctricas, así como un "aporte" (es decir, un impuesto), que pagaremos los usuarios y que supondrá, aproximadamente, un recargo del 10% en nuestros recibos de luz. Es decir, se ha creado una especie de "FITEL Eléctrico", pero con ciertas diferencias.

La primera es que la planificación, promoción y ejecución de los proyectos de electrificación, así como la administración de los recursos, está a cargo de una Dirección del MEM (la DEP), que carece de autonomía. En consecuencia, subsiste el riesgo de decisiones politizadas al momento de definir los criterios de selección de poblados e inversiones a ejecutar.

La segunda gran diferencia con el FITEL es que la participación de la empresa privada en estos proyectos parece ser la excepción y no la regla. La Ley y el Reglamento de Electrificación Rural contemplan un sistema de inversión mixto, en el que el Ministerio tiene la potestad de decidir si ejecuta directamente los Sistemas Eléctricos Rurales o los delega al sector privado, mediante procesos de selección a cargo de PROINVERSION cuyo factor de competencia sea el menor subsidio.

Hubiese sido mucho mejor que el Estado reforzase su rol de planificador y fiscalizador imparcial. Teniendo en cuenta los antecedentes de los últimos años, no es exagerado temer que el acceso a recursos y contratos millonarios sea demasiada tentación para la DEP y que ésta termine por preferir ejecutar los proyectos directamente antes que fomentar concursos en los que empresas privadas con experiencia asuman la responsabilidad de su construcción y administración. Sin embargo, la ley permite ambas opciones. Habrá que ver qué camino toma el Ministerio.

"Valor de transacción" en operaciones de exportación

Julio Guadalupe
Analista
Comercio Exterior

Como es sabido, el sector exportador peruano atraviesa por un muy buen momento. El incremento de las operaciones en este campo no sólo supone el aumento del volumen de la mercancía exportada, sino también la diversificación de la oferta exportable peruana.

En este contexto, tanto autoridades como particulares están de acuerdo en que resulta vital continuar apoyando al sector exportador. Este apoyo no sólo consiste en la implementación de mecanismos de fomento y promoción a las exportaciones, sino también en la generación de normas y procedimientos simples y claros que permitan que el flujo comercial de mercancías hacia el exterior se pueda realizar de una manera dinámica y segura. No obstante, a veces, desafortunadamente, los procedimientos no resultan ser del todo claros.

Ponemos como ejemplo lo señalado en el numeral 14 del rubro VI "Normas Generales" del Procedimiento de "Exportación Definitiva" INTA-PG.02 aprobado por Resolución de Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas 440-2005/SUNAT/A en el sentido que "las mercancías amparadas en una Declaración única de Aduanas deben cumplir con (...) a) corresponder a un valor de transacción". Conforme a ello, entenderíamos que la autoridad aduanera no aceptaría regularizar una DUA de exportación definitiva o, peor aún, procedería a legajar y a dejar sin efecto aquella previamente aceptada, cuando considere que el precio pactado entre las partes no se sustenta en un "valor de transacción".

Teniendo en consideración que las consecuencias jurídicas que podrían derivarse de lo antes descrito podrían resultar bastante perjudiciales (pues al desconocer la calidad de exportación no sólo se pretendería gravar la operación con IGV - al considerarla como venta local, perdiéndose el derecho a gozar del saldo a favor del exportador, sino que, además, se perderían aquellos beneficios aduaneros de promoción a la exportación como el Drawback, por ejemplo), resulta del todo oportuno preguntarnos entonces ¿qué

debe entenderse por "valor de transacción" en operaciones de exportación?

La respuesta a esta pregunta, lamentablemente, no encuentra respuesta ni en el procedimiento objeto de comentario, ni en las normas que regulan con carácter general el régimen aduanero de exportación definitiva. Entonces, ¿en qué base legal se sustentará la autoridad aduanera para aplicar este requisito? Es decir, ¿en qué norma se amparará para determinar si el valor declarado en una DUA de exportación corresponde o no a un valor de transacción?

En operaciones entre empresas vinculadas, la autoridad aduanera podría quizás recurrir a un estudio de precios de transferencia del cual pueda obtener elementos o indicios para inferir si la vinculación o no el precio de venta (amparándose así en normas que interesan a los efectos del impuesto a la renta), o si le parece mejor podría recurrir a la normativa sobre valoración aduanera (amparándose esta vez en normas que interesan para la determinación de la base imponible en las importaciones) a efectos de sustituir el valor declarado por otro registrado en el sistema de la aduana que no se haya visto afectado por la vinculación existente entre vendedor y comprador.

En operaciones entre empresas no vinculadas, la autoridad aduanera podría quizás recurrir también a la normativa sobre valoración aduanera a efectos de establecer si el valor declarado corresponde a una real operación de venta para luego, si le parece pertinente, proceder a la aplicación de "ajustes" a dicho valor o, podría también sustituir el valor declarado por valores "más aptos y/o aceptables" para la operación analizada que se encuentren registrados anteriormente en sus sistemas.

En operaciones no sustentadas en una venta la autoridad aduanera podría pretender aplicar una "interpretación libre" a los efectos de la determinación del "valor aceptable" dado que en estos casos no existe "transacción comercial" mediante la cual se haya fijado el respectivo precio.

"Podría, podría, podría..." En efecto, ante una norma poco clara se podría hacer cualquier cosa pues la misma podría ser interpretada de cualquier manera. Lo peor de todo, como ya se mencionó, es que, en todos los casos expuestos, la autoridad aduanera podría pretender desconocer la calidad de exportación de la operación en base a lo dispuesto en un procedimiento, sin importar que dicha operación pueda cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 54° de la Ley General de Aduanas (esto es, que las mercancías hayan salido del territorio aduanero para ser usadas o consumidas en forma definitiva en el exterior).

Si usted, estimado lector, fuese la autoridad aduanera ¿sabría cómo aplicar la norma procedimental en referencia? Nosotros no. Si usted, estimado lector, fuese el exportador ¿se sentiría confiado que su operación se verá libre de contingencias? Nosotros tampoco.

El Título de Crédito Hipotecario Negociable. Tenemos un nuevo Reglamento

Rafael Corzo
Analista
Banca y Seguros

La Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs ha aprobado recientemente, mediante Resolución SBS No. 685-2007, el nuevo Reglamento del Título de Crédito Hipotecario Negociable (el "Reglamento"). El Reglamento contiene una serie de disposiciones que han modificado el marco regulatorio existente, con la finalidad de promover la utilización del Título de Crédito Hipotecario Negociable ("TCHN") en nuestro país.

Deseamos referirnos a los siguientes aspectos puntuales contenidos en el Reglamento, los cuales, desde nuestro punto de vista, resultan esenciales en el funcionamiento y la utilización del TCHN: (i) la preferencia en el pago que los acreedores y tenedores de TCHN tendrían respecto de los demás acreedores del propietario del inmueble afectado en garantía; y (ii) el régimen de ejecución extrajudicial de los bienes hipotecados.

El primer aspecto mencionado se refiere, según lo establece el Reglamento (artículo 11°), al hecho de que las empresas del Sistema Financiero tienen una preferencia en el pago de los créditos garantizados con un TCHN respecto de cualquier otro acreedor del propietario del bien afectado en garantía, incluyendo a los acreedores de naturaleza laboral, alimenticia o tributaria. En adición a ello, se ha regulado un régimen de exclusión de los bienes inmuebles que han sido gravados a través de un TCHN de la masa concursal, en la eventualidad que el propietario del bien sea sometido a concurso.

Ahora bien, entendemos la intención y razones que llevan a que el Reglamento defina y adopte una posición sobre este aspecto puntual de los TCHN. Sin embargo, no debemos dejar de señalar que esta preferencia en el pago podría, eventualmente, tener que ser discutida en ciertos procesos concursales o en procesos judiciales, en vista de la preferencia de pago que es reconocida constitucionalmente a los derechos y beneficios laborales. En contra de esta eventual posición, no debe perderse de vista también que existen opiniones que sustentan un derecho de cobro preferente por parte de las empresas del Sistema Financiero, considerando que este derecho constituiría una de las formas o mecanismos mediante los cuales el Estado Peruano garantizaría el ahorro del público (que se encuentra en poder de dichas empresas).

El segundo aspecto se refiere al hecho de que el uso del TCHN permite, no obstante tratarse de garantías hipotecarias y en caso así sea convenido por las partes, la ejecución extrajudicial de los bienes inmuebles a través de su "venta directa". Esta modalidad de ejecución de este tipo de garantía real va en línea con la tendencia existente que ha sido recogida por la Ley de Garantía Mobiliaria, en donde la venta de los bienes afectados con hipotecas no requiere ser hecha necesariamente a través de un procedimiento judicial, tal como lo establecía anteriormente, con carácter general, el segundo párrafo del artículo 1097° del Código Civil.

Consideramos que esta forma de ejecución de los bienes gravados, teniendo en cuenta la sobrecarga de trabajo que existe actualmente en el Poder Judicial, constituye un elemento que resulta muy interesante para los beneficiarios y tenedores de los TCHN, ya que permitirá, contando con ciertos mecanismos de protección de los intereses de los propietarios y deudores hipotecarios, tener procedimientos de ejecución de bienes hipotecados más eficientes y ágiles en el tiempo.

Así, la expedición de este Reglamento constituye un nuevo esfuerzo de parte del Estado en su conjunto (lo que, evidentemente, incluye a la Superintendencia) que permitirá el acceso al crédito a más personas y en mejores condiciones (en cuanto a tasas de interés, plazos y otras condiciones), así como generar un mercado secundario de hipotecas que, a diferencia de otros países, en el Perú aún no se ha desarrollado como debería haber sucedido. Dentro de este esfuerzo, el Congreso de la República también aprobó la Ley No. 28971 mediante la cual se crearon las Empresas Administradoras Hipotecarias, cuyo Reglamento fue aprobado a principios de este año por la Superintendencia mediante Resolución SBS No. 213-2007.

En tal sentido, no obstante la duda que podría surgir respecto al carácter preferente en el pago a favor de los tenedores de los TCHN, consideramos que en la actualidad las condiciones están dadas para que este tipo de mecanismos de financiamiento y de garantía puedan desarrollarse y difundirse en nuestro país. Además de la existencia de este nuevo marco legal y regulatorio, se suman los avances logrados en la situación económica de nuestro país y la importancia que la actividad de la construcción tiene dentro de ella, el déficit de vivienda existente y la posibilidad de que se generen importantes negocios a partir de las carteras hipotecarias existentes o que se coloquen en el futuro. Corresponde ahora a las empresas del Sistema Financiero y a los demás agentes económicos, tanto locales como del exterior, iniciar el proceso de utilización y difusión de los TCHN.

Actividad Forestal: ¿"Concesionarios de Rapiña"?

Manuel Pulgar-Vidal
Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Profesor de Derecho Ambiental y de Recursos Naturales de la PUCP.
Director Ejecutivo de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental

En la primera semana de junio de 2007, el Presidente Dr. Alan García Pérez afirmaba que "la selva necesita propietarios para que actúen a largo plazo, no concesionarios de rapiña" sumándose con ello a un conjunto de voces que en los últimos meses y desde el nivel central y regional, han venido cuestionando el régimen de concesiones forestales iniciado con la Ley Forestal y de Fauna Silvestre del año 2000. Con este menosprecio se pretendió a su vez sustentar un Proyecto de Ley presentado por el Poder Ejecutivo ante el Congreso de la República (Proyecto de Ley 840/2006-PE del 28 de diciembre de 2006), que propone el otorgamiento de tierras eriazas del Estado con escasa cobertura vegetal o arbórea para la promoción de actividades de reforestación y agroforestería.

Contradictoriamente, la reciente enmienda al Acuerdo de Promoción Comercial (o TLC) suscrita por el gobierno del Perú y el de los Estados Unidos de América, plantea para nuestro país una serie de obligaciones en materia forestal, siendo las principales las referidas al otorgamiento y supervisión de concesiones forestales. Siendo ello así, las preguntas que cabe formular son: ¿cómo el propio Estado peruano se obliga a fortalecer un régimen en el cual parecía ya no creer? y a su vez, ¿qué tan viable resulta el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la referida enmienda?

Del régimen de contratos a las concesiones forestales

La actualmente vigente Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Ley 27308, fue resultado de un largo proceso de debate orientado mayormente a revertir las malas prácticas en el sector forestal, resultado de un régimen legal que desde el año 1975 se encontraba vigente con la derogada Ley 21147 y que había devenido en obsoleto e inapropiado para promover un manejo forestal sostenible.

Este viejo régimen, sustentado en la figura jurídica del "contrato", había incorporado un régimen de excepción para la actividad forestal supuestamente orientado a favorecer al pequeño extractor, para lo cual se le facultó a solicitar el otorgamiento de derechos en superficies no mayores a mil hectáreas, exonerándolo de una serie de requisitos que constituían el régimen general. Obviamente, como suele ocurrir con regímenes de excepción, éste se convirtió en la regla y nunca favoreció al pequeño extractor, sino que generó un régimen de habilitaciones y enganches a partir del cual el pequeño abastecía con madera al grande sin obtener beneficio alguno. Por otro lado, resultaba claro que en superficies tan pequeñas resultaba inviable promover manejo forestal sostenible.

Es en esta lógica que en el año 2000 se opta por el sistema de concesiones forestales (y a su vez se regula las autorizaciones y permisos forestales), con todos los elementos necesarios para que la actividad forestal se desarrolle de manera sostenible y bajo reglas de seguridad jurídica, otorgando al titular del derecho una serie de prerrogativas orientadas a permitirle actuar de manera económicamente sostenida. Este régimen se basó no sólo en la figura de la concesión como herramienta jurídica para el otorgamiento del derecho, sino a su vez vino acompañada de una serie de herramientas complementarias orientadas a fortalecerlo. Así, a la figura de la concesión se sumó la definición de categorías de ordenamiento forestal, a fin de identificar las áreas con potencial forestal y a su vez evitar la dispersión y facilitar la supervisión; exigencias para el manejo forestal sostenible a través de la presentación de Planes Generales de Manejo Forestal y Planes Operativos anuales; formas competitivas de acceso a la concesión a través de concursos o subastas públicas, limitándose cualquier otra forma de otorgamiento o acceso arbitrario para ese fin; formas de incentivar el manejo forestal sostenible; mejoras en el marco institucional, tales como el Consejo de Política Forestal (CONAFOR), el organismo de supervisión forestal (OSINFOR) y el mecanismo de financiamiento (FONDEBOSQUE).

Es en ese marco que se convoca una serie de concursos otorgándose, a través de más de 500 concesiones, más de 7 millones de hectáreas de bosques para la producción de un total de casi 25 millones de hectáreas definidas como bosques de producción permanente.

Debilitando el sistema de concesiones

Los avances producidos a partir del otorgamiento de las concesiones debían complementarse con acciones concretas orientadas a fortalecer el régimen, consolidar a los buenos concesionarios y caducar a aquellos que no cumplieran con las condiciones de manejo forestal sostenible. Ello, sin embargo, no se dio debido a la falta de voluntad política del propio Sector por avanzar en ese sentido.

Así, el Registro Público de concesiones forestales, condición para la publicidad y la seguridad del derecho, no ha cumplido con el fin para el que fue creado; la supervisión a cargo de OSINFOR, como entidad independiente a cargo de la Presidencia del Consejo de Ministros se vio afectada cuando esta entidad, bajo supuestos "criterios de eficiencia", devolvió la competencia al Instituto Nacional de Recursos Naturales INRENA, desnaturalizando su propósito original de creación; las acciones de fiscalización no se pueden concretar por falta de recursos y la convocatoria a nuevos concursos no se ha continuado ante el entendido que ello corresponderá a las regiones y a fin de evitar conflictos con ellas.

Es decir, el régimen no funciona por falta de implementación adecuada del mismo y no por debilidad del instrumento jurídico denominado concesión. No opera a su vez por la falta de respaldo político para hacerlo, a lo que se suma la inacción del gobierno central por el hecho de que la competencia para el otorgamiento de concesiones, su promoción y supervisión ha sido definida como función específica de los gobiernos regionales, a través de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley 27867 del año 2002, aunque se encuentre pendiente de su transferencia efectiva.

El reto de la enmienda al TLC

La debilidad actual del régimen de concesiones forestales, parece encontrar su tabla de salvación en la enmienda al Acuerdo de Promoción Comercial, referida al inicio de este artículo.

A través de esta enmienda se incorpora un Anexo que establece las obligaciones que en materia forestal debe cumplir el Perú (con la precisión que, a diferencia de las demás obligaciones del TLC de cumplimiento mutuo, en este caso es de cumplimiento unilateral). Estas obligaciones están referidas a la mejora de los recursos disponibles (humanos y técnicos) para el control de las acciones de tala ilegal; a la elaboración de un plan anticorrupción para los funcionarios a cargo de esta actividad; el incremento de las sanciones administrativas, civiles y penales en caso de infracción a las normas forestales; mejora en la administración y manejo de las concesiones forestales; respeto a la independencia de OSINFOR en la supervisión forestal, debiendo salir del ámbito de INRENA; fortalecimiento del régimen de tenencia y las concesiones forestales; entre otras obligaciones.

Algunos han acusado que esta enmienda podría constituir una intromisión de un tercer país en asuntos de política interna; otros consideran que el cumplimiento de estas obligaciones en un plazo de dieciocho meses resulta inviable; otros señalan que las competencias regionales hacen aún más difícil el reto. En todo caso, podemos afirmar que las concesiones parecen encontrar un respiro y su viabilidad podría verse asegurada, y con ello la relevancia del sector forestal en la economía del país, de asumirse las acciones adecuadas orientadas a consolidar el régimen que le sirve de sustento.

De Observancia Obligatoria

La imprescriptibilidad

Ramón Vidurrizaga

Como se sabe, la prescripción extintiva es una institución jurídica por la cual "el transcurso de un determinado lapso extingue la acción que el sujeto tiene para exigir un derecho ante los tribunales" (RUBIO, Marcial: "La extinción de acciones y derechos en el Código Civil", p. 13). La prescripción extintiva constituye un fenómeno que tiene que ver con otros dos conceptos jurídicos denominados: "derecho" y "acción". Simplificando las cosas al extremo, diremos que "derecho" es la potestad o atribución que tiene un sujeto para perseguir legítimamente su interés o beneficio, mientras que "acción" es la atribución que tiene un sujeto par acudir a las autoridades jurisdiccionales y conseguir que se reconozca o se haga respetar de manera efectiva su derecho. De estas definiciones se infiere que, en principio, a todo derecho le acompaña una acción.

Nuestro sistema legal regula de manera específica la institución de la prescripción extintiva, estableciendo un régimen que atribuye los plazos de prescripción extintiva en función a la naturaleza de la acción cuya existencia acarreará el transcurso del tiempo. Así, el artículo 2001° del Código Civil dispone los distintos plazos en que prescriben las acciones ahí mencionadas. Sin embargo, no toda acción prescribe, pues existen casos específicos regulados en el Código Civil en los que se regula la imprescriptibilidad de determinadas acciones.

Así, las acciones reguladas en los artículos 276°, 373°, 410°, 664°, 927° y 985° del Código Civil son imprescriptibles, por lo que el transcurso del tiempo no acarreará ningún efecto extintivo del derecho que las sustenta. El caso más notorio de esta imprescriptibilidad de acciones es el regulado en el artículo 927° del Código Civil, relativo a la acción reivindicatoria. Es precisamente esta norma la que motiva la jurisprudencia que comentamos a continuación.

En un proceso de otorgamiento de escritura pública (Cas. No. 3333-2006-ICA, publicada en la página 18628 del Diario El Peruano), derivado de una compraventa de inmueble celebrada entre el demandante y el demandado y sustentado en el artículo 1412° del Código Civil, el demandado deduce la excepción de prescripción extintiva. La sentencia de vista ampara la excepción deducida por considerar que es de aplicación el plazo de prescripción de diez años de la acción personal, conforme al inciso 1 del artículo 2001° del Código Civil.

La Corte Suprema considera que, siendo la compraventa un contrato consensual que no está sujeto a forma alguna para su celebración, la posibilidad de contar con una escritura pública deviene en un requisito necesario para que el comprador pueda inscribir su contrato en Registros Públicos y así obtener el beneficio de la oponibilidad de su derecho de propiedad. En tal sentido, la Corte Suprema considera que la acción del comprador, propietario del inmueble, emana también de su derecho de propiedad conforme a los artículos 923° y 927° del Código Civil, por lo que no debe estar sujeto a prescripción extintiva.

Para mayor sustento de la posición adoptada, la Corte Suprema añade que, siendo la acción de otorgamiento de escritura pública una de naturaleza personal, también es derecho potestativo y moral que no puede estar sujeto a prescripción extintiva pues equivaldría a negar la compra realizada.

Por la vía de esta argumentación, la Corte Suprema incorpora, como uno de las expresiones de la reivindicabilidad de la propiedad, el derecho a obtener la formalización del título de propiedad. Si bien coincidimos en la necesidad de proteger el derecho de propiedad como expresión de seguridad jurídica y sustento del desarrollo social, consideramos que la tesis adoptada por la Corte Suprema resulta forzada y eventualmente puede llevar a situaciones absurdas, no queridas por la Judicatura.

Queda claro que la acción regulada en el artículo 1412° es una de naturaleza personal, que para el caso de la compraventa deriva de la obligación del vendedor de perfeccionar la transferencia de propiedad a favor del comprador. Sin embargo la Corte Suprema la convierte en real y en expresión nada menos que de la acción reivindicatoria. Además, "reivindicalización" de la acción de formalizar únicamente podría predicarse respecto de obligaciones de transferencia de propiedad inmobiliaria, pues tratándose de la transferencia mobiliaria el comprador podría no haber adquirido aún la propiedad si no le hubiera sido entregado el bien. En tal caso, difícilmente podría sostenerse que tendría derecho reivindicatorio sobre la formalización de títulos de una propiedad aún no adquirida.

Asimismo, la lógica expresada por la Corte Suprema podría ser igualmente aplicable a otras obligaciones derivadas de la propiedad, respecto de las cuales no cabe duda que las acciones aparejadas deben prescribir, como toda acción real, a los diez años aun cuando ello afecte el derecho del propietario-demandante. Tal sería el caso, por ejemplo, de los frutos no cobrados o de la destrucción de lo indebidamente construido, en cuyo caso el propietario no podrá actuar contra el deudor de las respectivas obligaciones después de prescrito el plazo de las acciones respectivas. ¿Podría sustentarse, en tales casos, que la prescripción extintiva debilita el derecho de propiedad y debe ser proscrita? Seguramente que sí, pero sucede que la prescripción también es una consecuencia de la inacción del titular del derecho, lo que no puede llevarnos a afirmar que el derecho de propiedad se ve afectado porque el propietario sufre los efectos de su descuido en proteger su derecho.

Creemos que aceptar la prescripción extintiva de la acción regulada en el artículo 1412° para el caso del comprador-propietario no tiene que llevar a la desprotección de su derecho de propiedad. En cualquier caso, bastará con el inicio de un proceso declarativo que reconozca la adquisición de tal derecho y que se inscribirá por el solo mérito de la sentencia judicial que así lo confirme, sin que tengamos que recurrir a la artificial conclusión de que estamos ante un caso especial de reivindicación de propiedad.

Bajo la Lupa

Reforma Constitucional en Justicia...para Dummies

Inti Vidal
Alumno de séptimo ciclo de Derecho de la PUCP

En la última semana de mayo, la Comisión de Constitución y Reglamento elevó al Pleno del Congreso el dictamen de reforma parcial de la Constitución en materia de justicia. Esta propuesta plantea en esencia dos cambios a nivel constitucional: (i) reforma del Poder Judicial (PJ): la Corte Suprema actuará como Corte de casación con la facultad de elegir los procesos a resolver y, luego, podrá establecer precedentes vinculantes sobre la materia; y, (ii) reforma del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM): se modifica su composición, se incorporan la evaluación del desempeño y el régimen disciplinario entre sus facultades y la Academia de la Magistratura pasa a formar parte del CNM.

Con respecto a estas propuestas tenemos dos comentarios que hacer, sobre todo a la luz de las propuestas de reforma elaboradas por la CERIAJUS.

En primer lugar, las modificaciones que se proponen son, en parte, desacertadas porque, en el caso del PJ, se mantiene el modelo de Corte Suprema que reúne las funciones tanto de gobierno como jurisdiccionales y, tal como ya se ha comprobado, es un modelo que no ha dado buenos resultados, dado que la excesiva carga de trabajo le impide avocarse plenamente a la resolución de los casos más trascendentes. El gobierno del PJ debería encargarse a un Consejo de Gobierno que le permitiría a la Corte dedicarse plenamente a su función jurisdiccional. Además, como Corte de casación, la posibilidad de escoger los casos a resolver no estaría adecuadamente regulada pues permitiría a la Corte Suprema un ejercicio arbitrario de esa función. Por ello, debería precisarse que los procesos que serán resueltos deberán ser de gran relevancia jurídica, social o económica.

Por otra parte, en el caso del CNM, preocupa la nueva conformación del mismo, pues no queda claro el motivo por el cual el número de representantes de las universidades pasa de 2 a 4. Las discusiones sobre la materia habían llegado a la conclusión de que lo adecuado era el nombramiento de 2 profesores principales en materia jurídica de las universidades con más de 30 años, en lugar de los 2 representantes de universidades.

En segundo lugar y más importante aún, es que esta reforma se aleja completamente de la propuesta que planteó CERIAJUS. Esta Comisión había llegado a la conclusión de que una reforma constitucional en justicia debía abordar ocho temas (Poder Judicial, CNM, Justicia Militar, Acceso a la justicia, Ministerio Público, AMAG, Tribunal Constitucional y la Coordinación entre los órganos de justicia) de los cuales sólo se tocan dos.

El dictamen presentado al Pleno es peligroso pues se han dejado de lado aspectos fundamentales para la mejora integral del sistema de justicia, tales como la implementación de la jurisdicción comunal, la integración de la justicia militar al Poder Judicial, mayor especialización en la conformación del CNM, creación de un Consejo de Gobierno en el Ministerio Público, entre muchos otros temas.

En definitiva, con la presentación de este dictamen se está ocultando una aparente reforma y, al final de cuentas, es una propuesta para "salir del paso" de cambios que la sociedad viene exigiendo desde largo tiempo. Si se va a reformar la Constitución en esta materia debe tratarse el tema seriamente, por ello no sería adecuado aprobar esta reforma si no va a ser integral y coincide a lo previsto por CERIAJUS. La "reforma parcial" es de la Constitución, no de la justicia.

THĒMIS
Revista de Derecho





ARBITRAJE

53
EDICIÓN

THĒMIS - 2do piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Teléfono: 626-2000 anexo 5391. Fax: 442-7571 themis@pucp.edu.pe